



Considerações teórico-conceituais em torno do Direito de Superfície – visto sob o prisma do Estatuto da Cidade e o Novo Código Civil

Marlene Bernardo¹

Servidora da Unifesp

Adélia Aparecida Scarparo²

Escrevente Técnico Judiciário do TJSP

Helena Gravito de Carvalho³

Servidora do Município de São Paulo

Yara da Silva Coelho⁴

Oficial de Justiça do TJSP

Sumário: Introdução. 1. Origem histórica do Direito de Superfície. 1.1. Direito de Superfície no Brasil. 1.2. Direito Comparado. 1.3. Definição de Direito de Superfície. Características. 2.1. Estipulação. 2.2. Prazo. 3. Direitos e deveres. 3.1. Direitos e deveres do superficiário. 3.2. Direitos e deveres do proprietário fundeiro. 4. Divergências doutrinárias. 5. Divergências legislativas. 5.1. O Direito de Superfície no Estatuto da Cidade. 5.2. O Direito de Superfície no Novo Código Civil. 6. Questão polêmica: a usucapião. 7. Função social da propriedade. 7.1. Direito de Superfície e a função social da propriedade. 8. Direito de preferência. 9. Transmissão. 10. Extinção. 11. Registro. 12. Entendimento jurisprudencial. 13. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente estudo visa fazer uma correlação entre o Estatuto da Cidade e o Novo Código Civil referente ao instituto do direito de superfície, o qual foi introduzido em nosso ordenamento jurídico brasileiro recentemente.

Pretende-se, ainda, fazer esboços teóricos – conceituais sobre os posicionamentos doutrinários a respeito do tema, perpassando pelo direito comparado, sem intenção de esgotamento do assunto, mas tão somente para dar de maneira clara e objetiva, embasamento àqueles que se interessam pela matéria.

Adentra-se na seara das divergências doutrinárias, abrangendo algumas questões polêmicas e trazendo ao conhecimento dos interessados o entendimento jurisprudencial.

Finalizando com elucidações acerca do direito de preferência, transmissão, extinção e respectivo registro imobiliário.

Palavras-chave: Direito de Superfície. Origem histórica. Estatuto da Cidade. Código Civil. Aspectos polêmicos. Divergências doutrinárias. Jurisprudência.

¹ Especializanda em Direito Urbanístico pela Escola Paulista da Magistratura (EPM); Bacharel em Direito pela Universidade Meridional do Estado de São Paulo (FIG/Unimesp).

² Especialista em Direito Público pela EPM; Especializanda em Direito Urbanístico e em Direito Notarial pela EPM.

³ Especializanda em Direito Urbanístico pela EPM; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo.

⁴ Especializanda em Direito Urbanístico pela EPM; Bacharel em Direito pela Universidade Nove de Julho (Uninove).





Introdução

O estudo deste trabalho é o direito de superfície, instituto que não era previsto expressamente no direito pátrio. Em 2001, foi introduzido no ordenamento brasileiro com o Estatuto da Cidade.

No decorrer do estudo serão abordados temas como seu conceito e característica, com uma breve análise do direito comparado, os direitos e deveres do superficiário e do fundeiro, as divergências doutrinárias, a usucapião, função social da propriedade no direito de superfície e o direito de preferência, dentre outros.

No entanto, o enfoque principal será o direito de superfície sob a ótica do Estatuto da Cidade e o Código Civil de 2002.

Este trabalho trata de maneira simples e objetiva o tema com o intuito de facilitar a compreensão do público leigo.

Os capítulos foram elaborados em uma linguagem clara, acessível àqueles que não são estudiosos ou operadores do Direito, contudo nosso questionamento acerca do assunto é profundo e instigante.

No decorrer da pesquisa foram surgindo inúmeras perguntas sobre as quais ainda não temos respostas.

Para a composição do presente trabalho pesquisamos a doutrina de renomados autores brasileiros e de alguns grandes autores estrangeiros, buscamos também a jurisprudência e decisões controversas. Pesquisamos sites e revistas nacionais e internacionais.

Tudo isso para oferecermos aos leitores deste trabalho um pouco mais de conhecimento e esclarecimentos sobre um tema de grande complexidade e que nos despertou o interesse pela pesquisa sobre o assunto.

1. Origem histórica do Direito de Superfície

A propriedade não era entendida como um poder sobre as coisas, ela possuía natureza sagrada, que abrigava o altar e o fogo, o túmulo e as demais alusões sacras da família e não podia ser alienada nem abandonada.

Os romanos não compreendiam as coisas imateriais, apenas entendiam aquilo que podia ser tocado, ou seja, o que era material. O direito real sobre coisa alheia para os romanos só vai se consolidar após a compreensão de coisa incorpórea.

Na derradeira fase do período clássico do Direito Romano, era possível o povo construir em solo particular ou público mediante pagamento do denominado *solarium*, dando surgimento ao direito de superfície em Roma, originário dos arrendamentos de longo prazo.

Segundo José Guilherme Braga Teixeira “esses arrendamentos, a princípio concedidos em longo prazo, vieram, por vezes, a sê-lo perpetuamente, impondo, sempre a contrapartida, ao arrendatário a obrigação de construir em terreno locado e a de pagar um cânon anual (*pensio ou solarium*) ou uma quantia única pela locação do solo. O arrendatário não tinha mais do que o uso e a fruição da edificação, uma vez que, mesmo sob Justiniano, vigorou no Direito Romano, sem embargo de poder haver opiniões em contrário, o princípio da acessão, ou seja, de que superfícies solo *cedit*”.





Tais concessões, a princípio eram dadas somente pelo Estado, depois, pelos municípios e particulares. O direito de superfície romano tem por objeto toda construção que se eleva acima do solo. Não havia o direito de superfície sobre plantações.

1.1. Direito de Superfície no Brasil

Não podemos confundir o direito de superfície com o arrendamento, o direito de superfície é um direito real, ao passo que o arrendamento é um direito obrigacional. O arrendatário não é dono da coisa arrendada, enquanto o superficiário é dono da propriedade superficiária, no arrendamento a onerosidade é fundamental, no direito de superfície é opcional.

O direito de superfície, como acima transcrito, teve sua origem no direito romano, foi utilizado em primeiro plano pelo governo e depois pela igreja. Ambos possuíam uma excessiva área de terras que não eram aproveitadas e não havia como construir e nem acompanhar a produção da terra.

No início era utilizado apenas para edifícios, desta forma não se perdia a propriedade da terra, apenas a posse temporária, com isso ainda recebia um valor determinado chamado *solarium*.

Esteve em nosso ordenamento jurídico desde o início da colonização e mesmo após a independência do Brasil o ordenamento jurídico Português continuou sendo utilizado no país, a Lei nº 1.234/1864 deixou de enumerar a superfície como um dos direitos reais.

Foi excluído no final do século XIX, apesar de ter sido matéria no “Projecto de Código Brasileiro” de 1916, não foi contemplado pelo legislador, sendo objeto de estudo de diversos doutrinadores, voltou ao ordenamento jurídico apenas em 2001 com a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 limitado apenas ao imóvel urbano.

Com o Novo Código Civil – Lei nº 10.406/2002 – no Livro III, Título IV, artigos 1.369 a 1.377 regulamentou-se o direito de superfície de imóvel urbano e rural.

Daí depreende-se que o Direito de Superfície não é um instituto de aplicação recente em nosso ordenamento jurídico, mas só foi inserido expressamente em uma lei pelo Estatuto da Cidade, e, posteriormente, pelo Código Civil de 2002.

O instituto em análise se inclui no rol dos Direitos Reais, assim definido pelo artigo 1.225 do novo Código Civil. Sendo considerado um instrumento da política urbana, de acordo com o Estatuto da Cidade, em seu artigo 4º, V, l.

1.2. Direito comparado

A Áustria, Alemanha, Suíça e Inglaterra – admitem o direito de superfície, porém, somente para as construções.

O Código Alemão de 1896 foi um dos primeiros a voltar a ter em seu conteúdo o direito de superfície, voltando a ser um direito real.

O Código Civil austríaco de 1811 que se encontra em vigor até hoje, admitiu esse instituto, com dispositivos esparsos, porém não mencionava diretamente esse nome apenas permitindo haver dois direitos sobre a mesma coisa.



Holanda, Bélgica, China e Portugal – admitem tanto para as construções como também para as plantações.

O Código Civil Português, legislação que regulou o direito de superfície de maneira mais ampla, o contempla expressamente, em seu artigo 1524º, o artigo 1525º descreve o seu objeto e o artigo 1528º as formas de constituição do instituto, a saber: contrato, testamento ou usucapião, podendo ainda resultar da alienação de obra ou árvores já existentes, separadamente da propriedade do solo.

ARTIGO 1524º

(Noção)

O direito de superfície consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações.

ARTIGO 1525º

(Objecto)

1. Tendo por objecto a construção de uma obra, o direito de superfície pode abranger uma parte do solo não necessária à sua implantação, desde que ela tenha utilidade para o uso da obra.

2. O direito de superfície pode ter por objecto a construção ou a manutenção de obra sob solo alheio.

O ordenamento suíço admite o direito de superfície de segundo grau, criando-se um novo regime superficiário em virtude da possibilidade de um terceiro construir sobre a propriedade superficiária. Convém lembrarmos que o direito brasileiro não acolheu os institutos referente ao direito de superfície de segundo grau, tampouco o direito de elevação ou sobrelevação.

Já a França não aceita expressamente o instituto, o Código Civil Francês de 1804 não contemplou o direito de superfície. Sua existência se dá com base na construção doutrinária, e mesmo assim, somente para as construções. Reconhecida como propriedade autônoma, pode ser adquirida por usucapião e ser objeto de hipoteca.

O primeiro país a disciplinar em um código civil o direito de superfície foi a Alemanha, em 1896, em vigor a partir de janeiro de 1900. Contudo, esse direito só é admissível para construção, não sendo estendido para as plantações.

Outra peculiaridade da norma alienígena alemã, é que o direito de superfície não se extingue pelo perecimento da propriedade.

1.3. Definição de Direito de Superfície

Quanto à definição, este instituto limita espontaneamente o direito de propriedade, por intermédio de concessão por escritura pública registrada no Cartório de Registro Imobiliário, de modo que o titular do direito real mais amplo (proprietário do solo) concede ao superficiário (titular do direito) o direito real de construir ou plantar em seu terreno.



Arnaldo Rizzardo conceitua o instituto como sendo a hipótese em que o proprietário de um imóvel concede o direito a outrem de construir ou plantar em seu terreno, por tempo determinado, formalizando o contrato através da escritura pública, que sujeita ao Registro Imobiliário.

Por intermédio do instituto do direito de superfície, as partes celebram um contrato que consiste em um desmembramento jurídico do imóvel em partes distintas, a do terreno e a da superfície deste. Por este instituto, o proprietário originário (do terreno) concede o direito real de usar, gozar e dispor da superfície desmembrada, formando um direito real autônomo, pelo qual confere ao superficiário (concessionário) a propriedade resolúvel, a construção ou plantação separada da propriedade do solo.

Considera-se resolúvel a propriedade do superficiário, pois esta fica subordinada a uma condição resolutiva que normalmente é o termo final contido no título constitutivo, isto se levarmos em consideração que o direito de superfície foi convencionado em caráter temporário. Assim, enquanto não houver adimplida a condição resolutiva, o superficiário poderá exercer o domínio sobre a coisa superficiária, e, após seu adimplemento, ocorre o fenômeno da reversão, pelo qual os bens superficiários passam a integrar o domínio do proprietário originário, que passa a exercer novamente o direito de propriedade pleno.

A doutrina é uníssona no sentido de que o direito de superfície se conceitua como o direito real de construir ou plantar em solo alheio.

2. Características

A Professora Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, discorre sobre as seguintes características do direito de superfície:

- afasta a acessão - regra segundo a qual todas as coisas que se acrescentam ao solo pertencem ao dono;
- é um direito real sobre coisa alheia porque não afeta o domínio do proprietário do solo (1253 NCC);
- coexistência do direito do superficiário com o dono da propriedade - exceção de que o acessório segue o principal;
- não previsto no Código de 1916;
- previsão no Estatuto da Cidade. Visando o cumprimento da função social da propriedade.

2.1. Estipulação

O direito de superfície poderá ser estipulado como gratuito ou oneroso. Em sendo oneroso, o pagamento se dará ou em parcela única (à vista) ou através de múltiplas parcelas.





2.2. Prazo

O direito de superfície poderá ser constituído por prazo determinado ou indeterminado, porém, não se admite a sua perpetuidade.

Na Espanha, convencionou-se o prazo de 75 anos para pessoa de direito público e 99 anos entre particulares. Já na Inglaterra, foi estipulado prazo geral de 99 anos.

3. Direitos e deveres

3.1. Direitos e deveres do superficiário

Ao superficiário cabem os seguintes direitos:

- a) utilizar a superfície do solo alheio, nos limites do negócio superficiário;
- b) usar, gozar e dispor da construção ou plantação superficiária como coisa sua, separada da propriedade do solo;
- c) constituir gravames reais sobre construção ou plantação, os quais se extinguirão no termo da superfície;
- d) exercer a preferência na aquisição do solo, quando o proprietário deste aliená-lo onerosamente;
- e) reconstruir a construção ou refazer a plantação, se houverem perecido, enquanto durar o direito de superfície.

E deverá cumprir as seguintes obrigações:

- a) pagar a remuneração convencionada, na forma ajustada, em caso de superfície onerosamente concedida;
- b) fazer a construção ou plantação exatamente conforme o que for estabelecido no título constitutivo da superfície;
- c) efetuar o pagamento dos encargos e tributos que, durante o prazo da superfície, incidirem sobre a obra superficiária, como também sobre o solo;
- d) conservar a obra superficiária e não demoli-la;
- e) dar preferência ao senhor do solo, em igualdade de condições com terceiro, à aquisição da coisa superficiária.

As construções e plantações realizadas durante a constância do contrato de superfície pertencerão ao superficiário na vigência do contrato, podendo o mesmo usar, gozar e dispor da coisa e de seus rendimentos. Após seu término, se este for por prazo determinado, desde que não haja convenção em contrário, tudo o que foi realizado pelo superficiário incorporará ao domínio do solo, ou seja, à propriedade do concedente.

3.2. Direitos e deveres do proprietário fundeiro

O proprietário fundeiro poderá utilizar a parte do solo que não é objeto de superfície, bem como, no contrato oneroso, receber *solarium/cânon*. Também terá garantido o seu direito de preferência na aquisição da superfície.





No caso de resolução do contrato, se o superficiário não edificar ou plantar no prazo convencionado no contrato, bem como se houver outro descumprimento contratual ou pelo termo, torna-se dono da plantação ou edificação, indenizando ou não o superficiário.

4. Divergências doutrinárias

A Lei nº 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade, destina-se a uma maior ordenação da cidade, com a implementação de instrumentos de política urbana, dentre eles, o direito de superfície, fazendo com que a cidade e a propriedade urbana cumpram a função social que delas se exige.

Portanto, o direito de superfície, no nosso ordenamento jurídico, foi disciplinado inicialmente no Estatuto da Cidade, posteriormente, pelo Código Civil de 2002. Ambos contemplam previsão legal acerca do instituto da superfície, entretanto se faz necessário destacar algumas divergências existentes entre eles.

O Estatuto da Cidade regulamentou os arts. 182 e 183 da CF/88, e antecipando-se ao novo Código Civil, disciplinou o direito de superfície, porém, a imóvel urbano, enquanto o NCC cuida do urbano e do rural.

A doutrina diverge ao tentar solucionar o confronto normativo existente entre os dois diplomas legais que abordam sobre o instituto do direito de superfície. Temos o confronto entre uma lei especial e anterior, a Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e uma lei geral e posterior, o Código Civil de 2002.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, houve a derrogação do Estatuto da Cidade, passando o instituto da superfície a ser regulado inteiramente pelos artigos 1.369 a 1.377 do Código Civil.

Em sentido contrário, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal não admitem a aplicação da regra da Lei de Introdução ao Código Civil, que, em seu artigo 2º, § 1º, lei posterior revoga a lei anterior, quando regula inteiramente a matéria nela tratada. Afirmam que a Lei nº 10.257/01 é especial, porém defendem que sua finalidade e essência são distintas do modelo apresentado pelo Código Civil de 2002.

A I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, editou Enunciado 93 dispondo que: “as normas previstas no Código Civil, regulando direito de superfície, não revogam as normas relativas ao direito de superfície constante do Estatuto da Cidade, por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano”.

5. Divergências Legislativas

5.1. O Direito de Superfície no Estatuto da Cidade

Ainda que ambos os diplomas legais convivam pacificamente no ordenamento jurídico brasileiro, há algumas divergências no que diz respeito ao instituto do direito de superfície.

O Estatuto da Cidade tem como objeto da concessão o direito de superfície, conforme “caput” do artigo 21, o Código Civil de 2002 estabelece que o objeto consiste no direito de construir ou de plantar, conforme se verifica em seu artigo 1.369.





O Estatuto da Cidade prevê que a concessão do direito de construir e plantar abrangue o solo, subsolo e o espaço aéreo.

O artigo 21 do Estatuto da Cidade difere da solução expressa no NCC que diz que é inválido a instituição de direito real de superfície por tempo indeterminado, aplicando-se princípio da especialidade – *Lex specialis derogat generalis* – a superfície urbana pode ser por tempo indeterminado.

5.2. O Direito de Superfície no novo Código Civil

O Código Civil de 2002 não autoriza a utilização do subsolo, salvo se o uso for inerente ao objeto da concessão, é o que dispõe o parágrafo único do artigo 1.369, ou quando houver menção expressa no contrato.

O novo Código Civil traz uma perspectiva mais abrangente desse instituto por não ficar adstrito à propriedade urbana, atingindo também a propriedade rural. Isso porque a redação do dispositivo em discussão se refere a proprietário, sem restringir ao proprietário urbano, como fez o legislador estatutário.

Pelo sistema do CC é inválida a instituição de direito real de superfície perpétuo ou indeterminado.

Pode-se observar outra distinção entre os dois institutos, uma omissão do legislador civil, no Estatuto da Cidade exige-se o registro da extinção da superfície (art. 24, § 2º) e o Novo Código Civil não faz essa exigência. Contudo, devido à publicidade conferida pelo registro, entende-se que a extinção das superfícies rurais, que são reguladas pelo Código Civil, deve ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis.

Quanto aos tributos e encargos, prescreve o NCC que o superficiário é o responsável por eles no tocante à construção ou plantação (art. 1371). O Estatuto da Cidade, entretanto, onera o cessionário com os tributos e encargos incidentes sobre a propriedade superficiária e sobre a área objeto de concessão do direito de superfície (art. 21, § 3º), salvo disposição contrária no contrato.

6. Questões polêmicas: a usucapião

Quanto à usucapião ao direito de superfície, existem duas correntes.

A primeira corrente, sustentada por Maria Helena Diniz, nega o direito de usucapir, com base no art. 1.369 do NCC, segundo o qual a superfície deve ser instituída mediante escritura pública. O Código Civil é omissor sobre a possibilidade de instituí-la por usucapião ou testamento.

O Código Civil impõe limite temporal ao direito de superfície, que deve ser instituído por tempo determinado, ao passo que na usucapião haveria um direito de superfície por tempo indeterminado, contrariando o previsto no CC.

A segunda corrente, tutelada por Joel Dias Figueiredo admite a possibilidade de usucapir o direito de superfície. Cita, como exemplo, a hipótese de celebração de uma concessão de direito de construir por instrumento particular em que, após o decurso do prazo e comprovados os demais requisitos, o interessado postule a usucapião do direito de superfície.





7. Função social da propriedade

A função social CF/88, além de ser princípio predominante da ordem econômica, está inserida no âmbito dos direitos e garantias fundamentais. Por isso é cláusula pétrea de efeito imediato, não podendo, ser alterada ou revogada.

A Carta Magna inova ao criar a função social da propriedade urbana, tendo por finalidade o desenvolvimento social e o bem-estar dos habitantes das cidades, dispõe ainda de artigos versando sobre a função social da propriedade urbana e rural, tais como 153, § 4º, 156, § 1º, 170, III, 182, § 2º, 184, 185, parágrafo único, 186, e o inciso XXIII do art. 5º.

O titular do direito de propriedade, na medida em que sua autonomia não mais representa o livre arbítrio do uso indiscriminado, incumbindo-lhe o dever de atender aos requisitos impostos pelos arts. 182 e 186.

7.1. Direito de Superfície e a função social da propriedade

A aplicação do instituto do direito de superfície se perfaz como um meio de favorecer a função social da propriedade, pelo fato de que este instituto permite a utilização de um terreno que não está cumprindo a sua função social (um terreno não edificado, subutilizado ou não utilizado).

O direito de superfície faz com que surjam dois direitos de propriedade autônomos, o proprietário originário passa a possuir apenas a propriedade do terreno e o adquirente a propriedade da superfície, podendo construir e plantar no solo cedido.

A concessão da superfície de uma propriedade mitiga severamente a ideia original de propriedade plena, exclusiva e perpétua.

O instituto do direito de superfície fragmenta a propriedade, de modo a permitir maior operacionalidade à propriedade, fazendo com que a sua função social seja exercitada.

Maria Sylvia Zanella di Pietro destaca que uma das grandes utilidades do direito de superfície é a de permitir a construção ou plantação sem a necessidade de aquisição do terreno, pois isto facilita a utilização de terrenos alheios pela classe pobre e trabalhadora que não dispõe de recursos para a aquisição dos mesmos. Outra vantagem prática seria a possibilidade de hipotecar o domínio útil de que é titular o superficiário, o que facilitaria a obtenção de financiamentos para utilização adequada do terreno.

Andrade (2009, p. 200), em sua obra, observa que “a expressa opção da Constituição em atribuir-lhe a função social, alterou o conceito básico do instituto. Além do uso, gozo, disposição, fruição e defesa *erga omnes*, a propriedade deve ostentar e ser praticada para um fim social”.

A propriedade superficiária, relacionada ao que for edificado ou plantado, pode ser instrumento de grande valia para solucionar questões relacionadas à déficits habitacionais. Também, pode ser a solução para instalação de indústrias de grande porte. Verifica-se que são mecanismos hábeis para dirimir conflitos sobre a ocupação urbana de imóveis abandonados por proprietários que não têm condições de manter, construir ou explorar adequadamente o espaço.



Na cidade de São Paulo, inúmeras comunidades (anteriormente nomeadas por favelas) não possuem sequer elementos de saneamento básico; moradias sem condições de habitabilidade margeiam avenidas que outrora foram polos de indústrias e de lojas de grande expressão comercial, no caso, a PIRANI; por exemplo, a avenida Celso Garcia (ligação do centro ao bairro da Penha, na zona leste; são cortiços onde residem inúmeras famílias em pequenos quartos, sem local para cozinhar e com um único banheiro no corredor. Condições de higiene? Nenhuma. Dignidade? Nem é preciso questionar.

As Figuras 1, 2 e 3 abaixo, fotografadas da Comunidade do Distrito de Brasilândia⁵, demonstram claramente os inúmeros problemas advindos em função de moradias precárias e sem planejamento.



Figura 1



Figura 2



Figura 3

⁵ Vista parcial do Bairro de Vila Brasilândia - zona norte de São Paulo. Dados demográficos do Distrito de Brasilândia: Área (km²) - 21,00; População 1996: 226.162; População 2000: 246.906; População 2010: 264.918; Densidade Demográfica (hab/km²) 12.615. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/subprefeituras/subprefeituras/dados_demograficos/index.php?p=12758>. Acesso em: 23 jul. 2013, às 02h43.

Outros bairros, perfeitos aglomerados urbanos, conforme Figura 1, são a verdadeira expressão da má utilização do direito de superfície e da propriedade. A função social da propriedade e do direito real de superfície está inadequadamente ou equivocadamente estabelecida no seio de uma cidade com grandes proporções territoriais de má distribuição econômica e social.

8. Direito de preferência

O direito de preferência opera-se tanto para o superficiário quanto para o proprietário fundeiro, de modo que, por ocasião da alienação do imóvel ou do direito de superfície, o Código Civil de 2002 regula em seu artigo 1.373 que ambos têm direito de preferência, em igualdade de condições com terceiros.

Cumpra salientar que não gera nulidade do ato o descumprimento do direito de preferência.

9. Transmissão

Sua transmissibilidade poderá ocorrer através da transferência a terceiros, bem como, em virtude da morte do superficiário aos herdeiros. Contudo, o NCC, dispõe no artigo 1.372 que não poderá ser estabelecido pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência.

10. Extinção da superfície

Ocorrerá a extinção do direito de superfície pelo término do prazo, perecimento do solo, destinação diversa da contratada, desapropriação, distrato, renúncia ou pela reunião na mesma pessoa da qualidade de fundeiro e de superficiário.

Destaca-se que se não houver pactuação em contrário, conforme preconiza o artigo 1.375 do NCC, a extinção da superfície não gerará direito de indenização para o superficiário para cobrir os gastos tidos com a construção ou plantação.

11. Registro

O direito de superfície não será objeto de nova matrícula, sendo constituído pelo registro na matrícula do imóvel que irá amparar este novo direito.

De acordo com Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho “para fins de seu cancelamento bastará fazer uma averbação na matrícula do imóvel, dando conta desse fato (art. 1.369 do NCC, art. 24, EC 169, I, 39 e 167, II, 20 da LRP)”.

12. Entendimento Jurisprudencial

STF – AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 790440 RS

Processo: AI 790440 RS

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 27/10/2010

Publicação: DJe-212 DIVULG 04/11/2010 PUBLIC 05/11/2010

Parte(s):

MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO

PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Decisão

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS MUNICIPAIS POR ÓRGÃO FRA-CIONÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL: INCIDÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONTRARIEDADE AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDOS. Relatório. 1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alíneas a e b, da Constituição da República. 2. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO. REGULARIZAÇÃO DE LOTEAMENTO IR-REGULAR. LEI MUNICIPAL REGULARIZADORA. ÁREA VERDE E INSTITU-CIONAL. REGULAMENTAÇÃO DE DIREITO DE SUPERFÍCIE. INCONSTITU-CIONALIDADE E ILEGALIDADE. Edição pelo Município de São Leopoldo da Lei Municipal nº 5.898/06, regulamentando o direito de superfície a ser concedido à população local de baixa renda, bem como da Lei nº 5.998/06, que desafetou área verde e deu aplicação ao direito de superfície previsto na lei anterior. Invalidez formal e material do ato normativo de efeitos concretos. Constatação, in obter dictum, de que o direito de superfície é matéria de direito civil de competência privativa da União (art. 22, inc. I da CF). Em nível infraconstitucio-nal, constatou-se que regulamentação do direito de superfície, nos moldes da legislação local, alterou estrutura jurídica que permite a concessão de uso especial para fins de moradia à população de baixa renda, matéria regulada pela Medida Provisória nº 2.220/01, arts. 1º e 2º. Inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.898/06 e, por arrastamento, inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.998/06. Como somente a Lei Municipal nº 5.998/06 é objeto de impugnação na presente demanda e, por se tratar de lei de efeitos concretos, não há óbice ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade, sem a necessária remessa a Plenário. Tratando-se de área verde, inviável o assentamento de moradores, porquanto as diretrizes urbanas devem ser conformadas com a observância do princípio da proteção ao meio ambiente sustentável. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. VOTO VENCIDO” (fl. 249). 3. No recurso extraordinário, o Agravante alega que teriam sido contrariados os arts. 1º, inc. III, 5º, inc. XXIII, 6º, 18, 29, 30, inc. I, II e VIII, 97, 170, inc. III, e 182 da Constituição da República. Afirma que teria havido contrariedade ao princípio da re-serva de plenário em razão de ter sido a declaração de inconstitucio-nalidade proferida pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, não por órgão especial, e que a ação civil pública não seria o meio processual adequado para impugnar a constitucionalidade de leis. As-severa que o município tem “autonomia plena para regular a cidade e o adequado ordenamento do solo urbano. Descabe ao Ministério

Público determinar se em uma área haverá uma praça ou um local para que a população leopoldense desfrute do carnaval” (fl. 348). 4. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a ausência de ofensa constitucional e de “declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” (fls. 392-399). 5. Neste agravo, reafirma-se a contrariedade à Constituição da República e reiteram-se as razões do recurso extraordinário. Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 6. Razão jurídica assiste ao Agravante. 7. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que se reputa “declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios alegadamente extraídos da Constituição” (RE 240.096, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 30.3.1999). A jurisprudência do Supremo Tribunal também se consolidou no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade por órgão fracionário de tribunal, sem que tenha havido anterior declaração pelo órgão especial ou pelo plenário, contraria o art. 97 da Constituição da República. Nesse sentido: “Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): viola o dispositivo constitucional o acórdão proferido por órgão fracionário, que declara a inconstitucionalidade de lei, ainda que parcial, sem que haja declaração anterior proferida por órgão especial ou plenário” (AI 659.546-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJe 14.9.2007). “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE N. 10. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que afronta o art. 97 da Constituição da República a decisão de órgão fracionado de Tribunal que declara a inconstitucionalidade de lei ou afasta a sua incidência” (RE 594.661-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 21.8.2009). 8. Ademais, em 18 de junho de 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula vinculante n. 10, na qual se tem: “VIOLA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL QUE, EMBORA NÃO DECLARE EXPRESSAMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO, AFASTA SUA INCIDÊNCIA, NO TODO OU EM PARTE”. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido ao declarar, por órgão fracionário, a inconstitucionalidade das Leis municipais n. 5.898/2006 e 5.998/2006. 9. Pelo exposto, dou provimento a este agravo, na forma do art. 544, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, e, desde logo, ao recurso extraordinário, nos termos do art. 557, § 1º-A, do mesmo diploma legal, para cassar o julgado recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para que decida como de direito. Publique-se. Brasília, 27 de outubro de 2010. Ministra CÁRMEN LÚCIA. Relatora.

TJ/SP – AGRAVO REGIMENTAL

Processo: 0095668-18.2011.8.26.0000

Relator: Virgílio de Oliveira Junior

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 21ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 26/10/2011

Data de registro: 10/11/2011

Outros números: 95668182011826000050000

Ementa: ... Discussão acerca da higidez do título. Presença do 'fumus boni iuris' e do 'periculum im mora'. Precedente. Direito real de superfície oferecido em garantia, que é permitido. Art. 804 do CPC. Ausência do registro do direito de superfície que não retira seu valor. Direito real que pode ser adquirido pela usucapião. Decisão mantida. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo Regimental nº 0095668-18.2011.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LUIZ JOSÉ RIBEIRO FILHO sendo agravado ANDREIA DA SILVA.

ACORDAM, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ITAMAR GAINO (Presidente sem voto), MAURÍCIO FERREIRA LEITE e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 26 de outubro de 2011.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR

Relator

Assinatura Eletrônica

VOTO N.: 19674

AGRG. N.: 0095668-18.2011.8.26.0000/50000

Agr.Instrumento:

COMARCA: SÃO PAULO

AGTE.: LUIZ JOSÉ RIBEIRO FILHO

AGDO.: ANDREIA DA SILVA

Medida cautelar de sustação de protesto. Liminar para suspender os efeitos do protesto, deferida nos termos do artigo 798 do CPC. Agravo de instrumento. Concedido efeito suspensivo. Agravo regimental. Impossibilidade de a parte atacar despacho concessivo de efeito suspensivo por agravo interno. Inteligência do art. 527, parágrafo único. Recurso não conhecido. Agravo de instrumento.

Suspensão dos efeitos do protesto. Possibilidade. Poder de cautela do Juiz. Inteligência do artigo 798. Discussão acerca da higidez do título. Presença do 'fumus boni iuris' e do 'periculum im mora'. Precedente. Direito real de superfície oferecido em garantia, que é permitido.



Art. 804 do CPC. Ausência do registro do direito de superfície que não retira seu valor. Direito real que pode ser adquirido pela usucapião. Decisão mantida. Recurso desprovido. A r. decisão de fls. 238 concedeu “ao autor os efeitos jurídicos da medida emergencial, nos moldes como pleiteada em petição inicial. Isto porque, dano irreparável ou de difícil reparação virá de sofrer em sua esfera jurídica de interesses próprios, em não sendo a medida liminar agora deferida(...) Aceito como caução o bem imóvel consignado em petição inicial.”

Interposto o recurso de agravo de instrumento contra esta r. decisão, este foi recebido no efeito suspensivo, determinando a intimação do agravado para, querendo, oferecer contra-razões.

É o relatório.

Cuidam os autos de agravo de instrumento interposto por Andreia da Silva para combater a r. decisão de fls. 238, sob o fundamento de que impossível a concessão de liminar enquanto apenas perfunctórios os elementos de convicção e que a caução oferecida é inidônea. Recebido o recurso foi-lhe conferido o efeito suspensivo a fim de evitar lesão grave e de difícil reparação, até o julgamento final da lide. Frente a essa decisão a agravada opôs agravo regimental.

O agravo interno, contudo, não é o meio hígido para combater decisão que concede efeito suspensivo.

Reza o art. 527, inciso III, do diploma processual que, “Recebido o agravo de instrumento no tribunal”, o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”.

E, segundo o seu parágrafo único, a “decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do ‘caput’ deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar”.

Lembre-se que, “Qualquer que seja o teor da decisão do relator, seja para conceder ou negar efeito suspensivo ao agravo, seja para conceder a tutela antecipada do mérito do agravo (efeito ativo), essa decisão não é mais impugnável por meio de agravo interno (CPC 557 §1º), da competência do órgão colegiado (v.g., turma, câmara etc.) a quem competir o julgamento do mérito do agravo. Isto porque o CPC 527 par. único, com redação dada pela Lei 11187/05, só permite a revisão dessa decisão quando do julgamento do mérito do agravo, isto é, pela turma julgadora do órgão colegiado” [cf. Código de Processo Civil Comentado, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Editora RT, São Paulo: 2008, pág. 897]. De mais a mais, diferentemente do que é alegado no regimental, não foi conferido efeito ativo ao agravo de instrumento.

Por esse motivo, não se conhece do agravo regimental. Enfrenta-se, agora, o agravo de instrumento. O agravante busca modificar a r. decisão que entendeu estarem “presentes, no caso sub judice, os elementos ensejadores a tanto, na forma do disposto no artigo 798, do Código de Processo Civil, hei por bem conceder ao autor os efeitos jurídicos da medida emergencial, nos moldes como pleiteada em pe-



tição inicial. Isto porque, dano irreparável ou de difícil reparação virá de sofrer em sua esfera jurídica de interesses próprios, em não sendo a medida liminar agora deferida. Em caráter emergencial e efetivando-se um juízo valorativo meramente perfunctório dos elementos de convicção que vêm de acompanhar a recente investida do autor nos autos, ainda em fase processual postulatória do feito. ...Aceito como caução o bem imóvel consignado em petição inicial, efetivando-se a lavratura de termo próprio” [238].

Aduz não ser possível o acolhimento de liminar para sustar os efeitos do protesto em juízo valorativo meramente perfunctório e ainda que a caução oferecida é inidônea.

Sem razão o agravante.

O d. Juiz ‘a quo’ concedeu a medida com fulcro no artigo 798 do Código de Processo Civil, segundo o qual “poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

No caso dos autos o Magistrado concedeu a medida com base nos argumentos de que os títulos de crédito levados à protesto tiveram por base contrato nulo.

Sendo assim, “Demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ao juiz não é dado optar pela concessão ou não da cautela, pois tem o dever de concedê-la. É certo que existe certa dose de subjetividade na aferição da existência dos requisitos objetivos para a concessão da cautelar. Mas não é menos certo é que não se pode falar em poder discricionário do juiz nesses casos, pois não lhe são dados pela lei mais de um caminho igualmente legítimo, mas apenas um” [cf. Código de Processo Civil Comentado, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, cf. ed RT, São Paulo: 2010, pág. 1162].

Não se trata do deferimento de tutela baseada em juízo de verossimilhança, mas, sim, de cautelar para sustar os efeitos do protesto enquanto perdurar a lide haja vista a fumaça do bom direito e os danos que pode sofrer a agravada se mantido o protesto dos títulos em questão.

Nada se resolve, neste momento, sobre a higidez ou não dos títulos.

O STJ tem o seguinte precedente: “Processual civil. Recurso especial. Cautelar de sustação de protesto. Efetivação do protesto. Suspensão dos seus efeitos. Possibilidade. Poder geral de cautela e fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere poder ao juiz para deferir providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela. Segundo o entendimento do STJ: (i) é possível a suspensão dos efeitos dos protestos quando há discussão judicial do débito; (ii) a decisão cautelar de sustação de protesto de título insere-se no poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC; e (iii) a sustação de protesto se justifica quando as circunstâncias de fato recomendam a proteção do direito do devedor diante de possível dano irreparável, da presença da aparência do bom direito e quando houver a prestação de contra-cautela. – De acordo com o poder geral de cautela e o prin-

cípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela, o perigo de dano pode ser evitado com a substituição da sustação do protesto pela suspensão dos seus efeitos, se o protesto já tiver sido lavrado na pendência da discussão judicial do débito. Recurso especial provido” [cf. REsp 627.759/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 25.04.2006, DJ 08.05.2006, p. 198].

Quanto à caução oferecida, nada que modificar. A necessidade ou não do estabelecimento da medida cautelar. Se ao final da lide restar demonstrado que os títulos eram idôneos, prosseguirá o credor na execução. Contudo, de comprovada a tese de que os títulos estão envolvidos de vícios intransponíveis, açodada e injusta seria a manutenção do protesto.

De mais a mais, não há hoje dúvida no valor econômico do direito de superfície. Embora ausente o direito na matrícula do imóvel, esse fato, por si só, não impede que o direito real seja oferecido como caução haja vista a possibilidade de aquisição desse direito pela usucapião ou até mesmo ‘mortis causa’.

Restou nos autos comprovado que a agravada efetivamente exerce o direito de superfície, tanto que o direito já serviu de caução em outras demandas judiciais.

Ante o exposto, não se conhece do agravo interno e nega-se provimento ao agravo de instrumento.

Desembargador Virgílio de Oliveira Júnior

Relator

Assinatura Eletrônica

TJ / SP – AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento: 317.692-5/1-00

Relator: PEIRETTI DE GODOY

Comarca: São Paulo

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Agravante: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, sendo agravada ASSOCIAÇÃO AMIGOS DO PARQUE DO POVO – AAPP

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 317.692-5/1-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, sendo agravada ASSOCIAÇÃO AMIGOS DO PARQUE DO POVO – AAPP:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “deram provimento ao recurso, v. u.”, de conformidade com o relatório e voto do Relator, que integram este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS (Presidente, sem voto), JOSÉ CARDINALE e LAERTE SAMPAIO.

São Paulo, 29 de Abril

PEIRETTI

Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 317.692-5/1

AGRAVANTE: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

AGRAVADO: ASSOCIAÇÃO AMIGOS DO PARQUE DO POVO – AAPP

VOTO N° 1731

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que concedeu o pedido de liminar de reintegração de posse. Área tombada pelo CONDEPHAAT. Concessão de direito de superfície a Municipalidade pela proprietária da área. Direito de conservação e limpeza da área, respeitados os limites do tombamento promovido pelo CONDEPHAAT. Decisão modificada.

Recurso provido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Municipalidade de São Paulo contra decisão que, nos autos da ação de reintegração de posse promovida pela Associação Amigos do Parque do Povo – AAPP em face da agravante, concedeu o pedido de liminar para reintegração da Associação na área discutida nos autos.

Afirma que perpetrou a posse administrativa no local, objetivando a realização de obras de conservação e limpeza e futura implementação de paisagismo, nos limites das regras do tombamento do CONDEPHAAT, devidamente autorizada pela Caixa Econômica Federal, atual proprietária do imóvel, autorização essa calcada na regular celebração prévia de instrumento particular de compromisso de concessão de direito de superfície.

Foi atribuído efeito suspensivo ao agravo, autorizando a permanência da Municipalidade na área exclusivamente para manutenção e conservação da área, respeitados os limites impostos pelo tombamento promovido pelo CONDEPHAAT. (fls. 196). O pedido de reconsideração do despacho formulado pela agravada foi negado. (fls. 218) Recurso regularmente processado, com as informações prestadas pelo MM. Juiz de origem (fls. 233/234) e contraminuta (fls. 238/255).

É o relatório.

A área do “Parque do Povo” é de propriedade da Caixa Econômica Federal e do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). A referida área foi tombada como patrimônio histórico e cultural do Estado de São Paulo, conforme Resolução SC-24 do Sr. Secretário Estadual da Cultura, de 03/06/95, editada nos termos dos arts. 187 e 193 do Decreto 20.955 de 01.06.1983. A Municipalidade celebrou com a atual proprietária do imóvel, a Caixa Econômica Federal, o Instrumento Particular de

Compromisso de Concessão de Direito de Superfície. O efeito suspensivo à liminar de reintegração de posse da agravada foi concedido, observando (fls. 196):

“a) trata-se de área tombada pelo Patrimônio Histórico e Cultural do Estado de São Paulo; b) a proprietária da área é a Caixa Econômica Federal; c) existência de processo de desapropriação indireta

perante a 16ª Vara da Justiça Federal; d) instrumento particular de compromisso de concessão de direito de superfície celebrado entre a Prefeitura de São Paulo e Caixa Econômica Federal, no qual a Municipalidade está investida nos direitos inerentes a defesa da área, podendo praticar todos os atos necessários à proteção da posse e utilização do bem; e) projeto preliminar para destinação pública da área do Parque do Povo.

Fica autorizado a permanência da Municipalidade na área exclusivamente para manutenção e conservação da área, respeitados os limites impostos pelo tombamento promovido pelo CONDEPHAAT (Resolução SC – 24 da Secretaria Estadual da Cultura de 03/06/95).”

Além disso, como está acentuado na manutenção da liminar (fls.218/219):

“Se isso não bastasse, conforme consta da notificação do Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado em 26/7/94 (fls. 48) já estavam inseridas no perímetro as áreas ocupadas pelo “...Circo Escola Picadeiro, Teatro Vento Forte e pelos seguintes Clubes de Futebol de Várzea: Marítimo Futebol Clube, Grêmio Recreativo União da Vila Olímpia, Grêmio Itororó, Mocidade Futebol Clube, Grêmio Esportivo Cirota, Associação Atlético Flor do Itaim, Clube do Movimento Esportivo do Itaim (Clube do Mé) e Grêmio Esportivo Canto do Rio.”

A referida liminar não proibiu que as entidades esportivas e culturais lá existentes continuem a desenvolver as atividades. Se isso não bastasse, qualquer obra depende de autorização do Condephatt.

A Resolução SC- 24 de 03/06/95 estabelece no item “3” alínea “d” atividades compatíveis com o tombamento: Md. A manutenção das instalações e das condições de higiene e limpeza na área serão de responsabilidade concorrente das entidades de usuários conjuntamente com a Prefeitura Municipal.”

Dá-se provimento ao agravo.

PEIRETTI DE GODOY

Relator

Agravo de Instrumento nº 317.692-5/1

13. Conclusão

Após a inserção do direito de superfície no Código Civil de 2002, a despeito deste instituto já fazer parte da legislação infraconstitucional desde 2001 através do Estatuto da Cidade, cumpre salientar que tais discussões já se tornaram pacíficas a partir da edição do Enunciado 93 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal.

Assim, superados os conflitos legislativos iniciais, nota-se que o instituto do direito de superfície é um poderoso instrumento de política urbana e que, embora traga em seu bojo alguma semelhança com a enfiteuse, não traz os seus ônus da perpetuidade e obrigatoriedade de sua instituição ser apenas de forma onerosa.

Verifica-se que há um disparate, a despeito de ser um instituto pouco utilizado ao mesmo tempo pode-se asseverar que este seria de grande valia para fins de regularização fundiária, como também para resolver algumas celeumas próprias do cotidiano da população mais carente por moradia, podendo, por exemplo, incorporar o famoso direito de laje para o direito de superfície, regularizando tal situação.

No entanto, a contar pela ausência do instituto em diversos planos diretores de importantes capitais do Brasil, tais como: Fortaleza/CE; Boa Vista/RR; Cuiabá/MT; Curitiba/PR; Teresina/PI; Goiânia/GO; Manaus/AM e Natal/RN, pode-se dizer que ele vem sendo pouco explorado. Não se sabe ao certo o motivo da resistência em relação ao instituto do direito de superfície, se esta acontece por desconhecimento por parte da população e dos gestores ou se tal abstenção se dá em parte, por falta de informação acerca dos inúmeros benefícios que tal instituto proporciona, cabendo aqui lembrar a possibilidade de aliená-lo ou transferi-lo a terceiros pelo tempo celebrado em contrato, fato este que não é possível no contrato de locação.

Ressalte-se que o direito de superfície proporciona a segurança jurídica da posse ao superficiário, sendo assim, o reconhecimento como direito real traz a possibilidade de produção de moradias, dando condições ao superficiário, inclusive, oferecê-la em garantia de financiamentos, proporcionando a inclusão nos programas sociais subsidiados para aquisição ou mesmo na melhoria de condições da moradia.

Um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, é proporcionar o acesso a moradia, assim, o direito de superfície tendo características de direito real, possibilita ao superficiário transmitir esse direito aos seus sucessores, aliená-lo, hipotecá-lo, demonstrando tratar-se de um direito ilimitado nas relações negociais e ascensão econômica, encontrando respaldo nos princípios constitucionais de proteção e valorização da dignidade humana.

Desta forma, espera-se que não só os empreendedores, como também os gestores públicos municipais e a população possam usufruir deste poderoso instrumento em prol da moradia, bem como fonte de renda à população carente, como é o caso do direito de plantação sem a necessidade de adquirir a propriedade do terreno.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Marcus Vinicius dos Santos. *Superfície à luz do código civil e do estatuto da cidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 21 ago. 2012, às 14h09m.

BRASIL. Ministério das Cidades. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/index.php/planejamento-urbano/rede-de-avaliacao>>. Acesso em: 09 jul. 2013, às 00h50m.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito de superfície* (arts. 21 a 24). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Org.). *Estatuto da Cidade* (comentários à Lei Federal 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva.

LIMA, F. H. V. de. *Direito imobiliário registral na perspectiva civil - constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

PORTUGAL. *Código Civil Português (atualizado até a Lei nº 103/2009)*. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com>>. Acesso em: 11 jun. 2013, às 13h45m.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas: Lei nº 10.406/2002*. 2. ed. Forense.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento. Processo: 0049893-58.2003.8.26.0000. Agravante: Prefeitura Municipal de São Paulo. Agravado: Associação Amigos do Parque do Povo - AAPP. Rel. Peiretti de Godoy. j. 03.06.2003. v.u.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo Regimental. Processo: 0095668-18.2011.8.26.0000. Agravante: Luiz José Ribeiro Filho. Agravado: Andreia da Silva. 21a Câmara de Direito Privado. Rel. Virgílio de Oliveira Junior. j. 26.10.2011. v.u.

SÃO PAULO (Município). Prefeitura Municipal de São Paulo. Secretaria Nacional de Coordenação das Subprefeituras. *Dados demográficos dos distritos pertencentes às subprefeituras*. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/subprefeituras/subprefeituras/dados_demograficos/index.php?p=12758>. Acesso em: 23 jul. 2013.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *O direito de superfície*. São Paulo: IRIB, 2012. TEIXEIRA José Guilherme Braga. *O Direito Real de Superfície*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1993.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.